

L'avvalimento deve essere "effettivo".

di Ilaria Gobbato

Data di pubblicazione: 25-11-2013

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 12 novembre 2013, n. 5384

Presidente Torsello; Estensore Durante

Nonostante l'ampia formulazione dell'art. 49 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e la funzione specifica dell'istituto dell'avvalimento (che è quella di consentire in concreto la concorrenza aprendo il mercato ad operatori economici di per sé privi di requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi), non può ritenersi valido ed efficace il contratto di avvalimento da cui non emerga un serio impegno dell'impresa ausiliaria a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata-concorrente le proprie risorse per tutta la durata dell'appalto; la dichiarazione di avvalimento non può quindi consistere in una dichiarazione meramente formale e riproduttiva della disposizione di legge, ma deve contenere la volontà seria dell'impresa ausiliaria di mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto i mezzi dei quali la ditta ausiliata è carente.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm. sul ricorso numero di registro generale 5943 del 2013, proposto da: ?Ditta Costruzioni D'Apolito di D'Apolito Fernando, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Jannarelli, con domicilio eletto presso l'avv. Giovanni Bertoni in Roma, via Flaminia, 171;

contro

Comune di Chieuti, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Giacinto Lombardi e Maria Grazia Romano, con domicilio eletto presso l'avv. Maria Stella Lopinto in Roma, via Orazio, 10; Nikante Costruzioni s.r.l. in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Giuliano Di Pardo, presso il quale è elettivamente domiciliata in Roma, piazza del Popolo, 18;

nei confronti di

Ianno Costruzioni s.r.l.;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. PUGLIA, BARI, SEZIONE II n. 776/2013, resa tra le parti, concernente affidamento dei lavori relativi al progetto PON FESR - sicurezza per lo sviluppo - obiettivo convergenza 2007- 2013 - restauro chiesa S. Maria degli angeli e oratorio parrocchiale

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Chieuti e di Nikante Costruzioni s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre 2013 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti l'avv. Bertoni per delega dell'avv. Antonio Jannarelli, l'avv. Giacinto Lombardi anche per delega dell'avv. Maria Grazia Romano e dell'avv. Giuliano Di Pardo;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Considerato che la ditta Costruzioni D'Apolito di D'Apolito Fernando con ricorso al TAR Puglia impugnava, *in parte qua*, il bando di gara del 19 dicembre 2012, con il quale il Comune di Chieuti aveva indetto una procedura aperta per l'affidamento dei lavori di realizzazione di un centro polifunzionale per immigrati regolari nell'ambito Progetto PON FESR – Sicurezza per lo Sviluppo – Obiettivo Convergenza 2007 – 2013 “Progetto Mireseverini – Mire si na erdhet” (i lavori, per l'importo di euro 876.364,62, riguardavano la Chiesa di S.Maria degli

Angeli e l'Oratorio Parrocchiale) e gli atti del procedimento, compresa l'aggiudicazione provvisoria e definitiva in favore della Nikante Costruzioni s.r.l.;

che il Comune di Chieuti e la Nikante contestavano le censure chiedendo il rigetto del ricorso e la società Nikante proponeva ricorso incidentale con cui lamentava l'illegittima ammissione alla gara della ricorrente principale perché priva della qualificazione richiesta dal bando (OG2, classifica terza – categoria prevalente OG11, classifica prima e OS32, classifica prima) e per inadeguatezza dei due contratti di avvalimento finalizzati a suffragare le suddette carenze;

che il TAR Puglia con sentenza n. 776 del 2013 accoglieva il ricorso incidentale, ritenendo che i contratti di avvalimento fossero privi degli elementi essenziali di un atto negoziale con particolare riferimento all'esistenza e alla determinatezza dell'oggetto e dichiarava inammissibile il ricorso principale con condanna della ricorrente principale al pagamento delle spese di giudizio nella misura di euro 3.000,00 in favore di ciascuna parte (Comune e Nikante Costruzioni s.r.l.);

che la ditta Costruzioni D'Apolito di D'Apolito Fernando con l'atto in esame ha impugnato la suddetta sentenza, assumendone l'erroneità per errore di diritto sostanziale e processuale; violazione dei principi generali in materia di avvalimento nei pubblici appalti; violazione e falsa applicazione degli articoli 49 del codice dei contratti pubblici, dell'art. 88 del d.p.r. n. 207 del 2010 e della direttiva 2004/18/CE; eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e diritto; palese ingiustizia specie in riferimento alla regolamentazione delle spese di giustizia ed ha riproposto le censure dedotte con il ricorso principale;

che si sono costituiti in giudizio il Comune di Chieuti e Nikante Costruzioni che hanno contestato in fatto e diritto le censure dell'appellante, concludendo per il rigetto dell'appello;

che le parti hanno scambiato memorie conclusionali e di replica e alla camera di consiglio dell'8 ottobre 2013 fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, il Collegio si è riservato di decidere la causa con sentenza, dandone comunicazione alle parti.

Considerato che la D'Apolito censura l'impugnata decisione del TAR assumendone l'erroneità, laddove ha ritenuto, peraltro in contrasto con l'operato della commissione di gara, che i contratti di avvalimento fossero inadeguati per genericità dell'oggetto a svolgere la funzione di ausilio, colmando le carenze dei requisiti richiesti dalla *lex* di gara e, richiamando giurisprudenza ad essa favorevole, ha sostenuto che la formulazione dei contratti, riproduttiva delle norme dell'art. 49 del d. lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 88 del d.p.r. n. 207 del 2010, soddisferebbe in pieno il disposto di legge e consentirebbe di valutare corretto e serio l'impegno assunto nei confronti della p.a.;

Ritenuto che, malgrado l'ampia formulazione dell'art. 49 del d. lgs. n. 163 del 2006 e la funzione propria dell'istituto dell'avvalimento, cioè di consentire in concreto la concorrenza aprendo il mercato ad operatori economici di per sé privi di requisiti di carattere economico – finanziario, tecnico – organizzativo - consentendo di avvalersi dei requisiti di capacità di altre imprese, non può ritenersi valido ed efficace il contratto di avvalimento da cui non emerga un serio impegno dell'ausiliaria di mettere a disposizione dell'ausiliata le proprie risorse per tutta

la durata dell'appalto;

Ritenuto in definitiva che la dichiarazione di avvalimento non può consistere in una dichiarazione meramente formale e riproduttiva della disposizione di legge, ma deve contenere la volontà seria dell'ausiliaria di mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto i mezzi dei quali la ditta ausiliata è carente;

Considerato, quanto alla dichiarazione di avvalimento della C.E.S.I. s.r.l., che essa appare estremamente generica, mancando ogni riferimento all'oggetto dell'avvalimento, contenendo solamente il richiamo all'attestazione SOA rilasciata da Bentley SOA per la categoria OG11, sicché non è dato sapere se oggetto dell'avvalimento è la sola attestazione SOA o invece C.E.S.I. si sia impegnata a mettere a disposizione della D'Apolito tutte le risorse di cui dispone necessarie per l'espletamento dell'appalto, né risultando, invero, alcuna indicazione del possesso da parte dell'ausiliaria dei requisiti richiesti dal bando e che intende mettere a disposizione dell'ausiliata;

Ritenuto, quindi, che tale contratto, così come rilevato dal giudice di primo grado, non è idoneo a garantire l'amministrazione sull'impegno dell'ausiliaria ad integrare con i propri mezzi le carenze dell'ausiliata per tutta la durata dell'appalto, la doglianza dell'appellante deve essere respinta.

Fermo tanto, per mera completezza di indagine va, comunque, rilevata la inammissibilità e infondatezza del ricorso di primo grado della D'Apolito.

Quanto alla inammissibilità del ricorso – eccezione sollevata dalla difesa del Comune di Chieti, non può non rilevarsi l'assoluta carenza di interesse al ricorso della D'Apolito, la quale, collocatasi al terzo posto della graduatoria formulata dalla commissione di gara, non ha sollevato alcun rilievo nei confronti della concorrente Ianno Costruzioni, seconda graduata, cosicché essa D'Apolito non potrebbe trarre alcun vantaggio dall'eventuale annullamento dell'aggiudicazione in favore di Nikante s.r.l.

Né risulta dedotto alcun motivo di ricorso che possa annullare la differenza di 25,342 punti che differenzia la posizione della Ianno Costruzioni da quella della D'Apolito.

Quanto alla circostanza che la D'Apolito abbia impugnato oltre all'aggiudicazione in favore di Nikante anche il bando e il relativo disciplinare di gara nella parte in cui prevedono l'attribuzione del punteggio, trattasi di censure inammissibili, atteso che la previsione dei criteri per l'attribuzione del punteggio e la graduazione della rispettiva valutazione attengono a scelte discrezionali dell'amministrazione che, salvo illogicità o irragionevolezza, che non sono state evidenziate, non sono suscettibile di valutazione in sede di giudizio di legittimità.

Ugualmente inammissibili e infondate sono le censure in ordine al metodo seguito dalla commissione di gara e le altre censure dedotte dall'appellante con il ricorso introduttivo del giudizio e non esaminate dal giudice di primo grado ed espressamente riproposte con l'atto di appello.

E' infondata l'asserita violazione dell'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006, con la quale si assume che non risulterebbe comprensibile il percorso logico valutativo della commissione di gara per pervenire all'attribuzione dei punteggi, atteso che le risultanze della valutazione sono esplicitate in maniera dettagliata nel verbale di gara n. 3 della commissione di gara.

Contraddittoria, per quanto detto al punto precedente, oltre che infondata è l'asserita mancanza nel disciplinare di gara della previsione circa la valutazione dell'offerta tecnica, atteso che il disciplinare di gara prevede che la valutazione dell'offerta tecnica debba avvenire distintamente per ciascuno degli elementi di tipo qualitativo discrezionale dei quali è composta con attribuzione di un punteggio da parte di ciascun commissario con il metodo del confronto a coppie secondo le linee guida di cui all'allegato G del d.p.r. n. 270 del 2010.

Quanto all'intervento dell'architetto Salierno, progettista dell'offerta tecnica della D'Apolito, le osservazioni dell'architetto in ordine agli errori rilevati dalla commissione di gara, non hanno influenzato la valutazione già effettuata tre giorni prima della ricezione delle suddette osservazioni e, comunque, l'intervento dell'architetto fu sollecitato nell'interesse della D'Apolito, attesa la presenza di errori progettuali nella parte dell'offerta contenente le c.d. "Proposte Migliorative".

Le censure dell'appellante circa l'operato della Commissione di gara in merito alla valutazione delle "Varianti Migliorative" tese superare incongruenze e mancanze progettuali, ritenute dalla Commissione rispondenti ad una diversa "filosofia" di realizzazione del tutto estranea ai lavori posti a base di gara, attengono alla discrezionalità tecnica e non sono supportate da adeguata prova, nel mentre è incontestabile che l'operazione ermeneutica posta in essere dal progettista risponde ad una scelta tecnica assolutamente estranea ai lavori oggetto di gara e, come la stessa ricorrente riconosce, rappresentano vere e proprie varianti che nell'appalto in questione sono precluse.

In conclusione le censure riproposte dall'appellante sono infondate o inammissibili.

Infondato oltre che inammissibile per genericità è l'assunto di irragionevolezza della regolamentazione delle spese di giudizio contenuta in sentenza, non apparendo sproporzionata in base ai parametri applicabili al giudizio di che trattasi.

Per le ragioni esposte l'appello deve essere respinto.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate nell'importo indicato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la Ditta Costruzioni D'Apolito di D'Apolito Fernando al pagamento delle spese di

giudizio che liquida in euro 2.000,00 in favore del Comune di Chieuti e in euro 2.000,00 in favore di Nikante Costruzioni s.r.l., oltre accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Il Consiglio di Stato conferma, ancora una volta, che la dichiarazione di avvalimento e, soprattutto, il relativo contratto non può consistere in una dichiarazione meramente formale e riproduttiva della disposizione di legge, ma deve contenere la specifica indicazione delle risorse e dei mezzi che, in funzione del requisito oggetto di avvalimento, vengono messe a disposizione dell'ausiliata da parte dell'ausiliaria.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Il percorso argomentativo svolto dal Consiglio di Stato è molto sintetico e forse privo di alcuni

passaggi. Nella sostanza, infatti, la Suprema Corte si limita ad affermare che una dichiarazione meramente riproduttiva del testo normativo dell'art. 49 del Codice dei Contratti non garantisce quella seria volontà della società ausiliaria di mettere a disposizione le risorse di cui al requisito oggetto di avvalimento: con la conseguenza che il contratto che si limiti a riprodurre il testo normativo non può dirsi valido ed efficace.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La pronuncia in commento conferma, pur nella sua sinteticità argomentativa, che - ai fini del corretto utilizzo dell'istituto dell'avvalimento - è necessario che dal contratto emerga chiaramente l'impegno dell'ausiliaria a mettere a disposizione non già il requisito "quale mero valore astratto", ma tutte quelle risorse e quei mezzi che "giustificano" il requisito oggetto di avvalimento e dunque, a seconda delle circostanze, mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti.

Ciò per due diversi ordini di ragioni.

Anzitutto, da un punto di vista strettamente civilistico, non può non darsi rilievo al fatto che la puntuale individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento costituisce applicazione delle norme privatistiche che configurano quale causa di nullità di ogni contratto l'indeterminatezza (ed indeterminabilità) del relativo oggetto.

A ciò si aggiunge poi la necessità, tipicamente pubblicistica, di rispettare il sistema dei requisiti previsto per la partecipazione alle gare pubbliche.

Al di fuori delle ipotesi di c.d. avvalimento di garanzia (ontologicamente ammesso, proprio per la sua peculiare funzione di estensione della base patrimoniale della responsabilità per l'esecuzione dell'appalto, solo in relazione ai requisiti economico-finanziari), infatti, la messa a disposizione di requisiti astratti e quindi svincolati da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o immateriali, vanificherebbe la logica dei requisiti speciali per la partecipazione alle gare pubbliche e piegherebbe l'istituto dell'avvalimento ad una logica elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara.

La deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara, dunque, può trovare applicazione solo nella misura in cui, tramite l'avvalimento, il concorrente abbia la possibilità di avere "concretamente" a disposizione da parte dell'ausiliaria quelle risorse e/o capacità di cui è privo e che giustificano la responsabilità solidale delle due imprese (ausiliata e ausiliaria) in relazione all'intera prestazione dedotta nel contratto da aggiudicare.

È chiaro quindi che questo sistema verrebbe inevitabilmente vanificato se l'uso di contratti di avvalimento "meramente riproduttivi del testo legislativo" venisse consentito atteso peraltro che, la mera riproduzione, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della

messa a disposizione delle «risorse necessarie di cui è carente il concorrente» (o espressioni simili), oltre che tautologica e indeterminata, è inidonea a permettere qualsivoglia sindacato, da parte della Stazione appaltante, sull'effettività della messa a disposizione dei requisiti" (cfr. altresì Cons. di Stato, Sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3310).